



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.335 - RS (2012/0126779-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **ROGERIO DE SOUZA COUTO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **EDUARDO CABRAL**

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. No caso dos autos, o Defensor Público responsável pelo patrocínio do acusado foi pessoalmente intimado da data em que ocorreria a audiência de instrução, ocasião em que pleiteou o adiamento do ato porque estaria em atendimento a outra comarca, sobrevivendo a oitiva das testemunhas sem a sua presença, nomeando-se advogado dativo para o acusado.

2. Diante dos princípios da unidade e da indivisibilidade da Defensoria Pública, previstos no artigo 3º da Lei Complementar 80/1994, e não havendo nos autos a comprovação de que haveria um único membro da Defensoria Pública atuando na comarca em que tramita a ação penal instaurada contra o paciente, impossível o adiamento de ato processual ao argumento de que determinado Defensor Público estaria em atendimento em outra comarca.

3. A par desse aspecto, há que se considerar que o paciente esteve presente à audiência que se pretende anular, não tendo o impetrante logrado demonstrar o prejuízo suportado em razão de lhe haver sido nomeado advogado dativo para o ato.

4. Atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de setembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.335 - RS (2012/0126779-4)

IMPETRANTE : ROGERIO DE SOUZA COUTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EDUARDO CABRAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDUARDO CABRAL, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que denegou a ordem pleiteada no HC n. 70047852611.

De acordo com os autos, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso V, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que seria necessária a participação da Defensoria Pública na audiência de instrução, tendo em vista que a ausência da defesa técnica prejudicaria a construção da tese defensiva.

Alega que o referido ato processual deveria ser adiado e somente realizado nos dias em que a comarca de Júlio de Castilhos/RS recebe atendimento do defensor público.

Requer a concessão da ordem para que seja anulada a audiência de instrução, com o desentranhamento das provas produzidas.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 55.

Prestadas as informações (e-STJ fl. 63), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 77/78, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.335 - RS (2012/0126779-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se em síntese, a anulação da audiência de instrução, desentranhando-se as provas nela produzidas.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie.**

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

De se destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente foi acusado de praticar o delito de tentativa de homicídio qualificado, extraindo-se da denúncia as seguintes passagens:

*"No dia 10 de março de 2011, por volta das 16h50min, na Vila Santo Antônio, próximo do Matadouro Somavilla, nesta Cidade, o denunciado **EDUARDO CABRAL** tentou matar, mediante disparos de arma de fogo - não apreendida -, a vítima **Edimilso André Carvalho Pereira**. O crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, qual seja, o erro de pontaria do denunciado.*

Na ocasião, a Brigada Militar realizava diligências no sentido de prender o acusado, tendo em vista a notícia de que ele teria praticado um crime na Cidade de Cruz Alta e havia se deslocado para Júlio de Castilhos.

*Durante a operação, a vítima deparou-se com o acusado, que tripulava uma motocicleta. O denunciado avançou com a motocicleta contra a vítima, quase lhe atropelando, o fugiu em direção a um matadouro. Em certo momento, **EDUARDO** abandonou a motocicleta e fugiu para o mato. A vítima seguiu no encalço do acusado quando, de inopino, **EDUARDO** se postou em frente à vítima e efetuou um disparo de arma de fogo contra **Edimilso**, empreendendo fuga do local.*

O agente cometeu o crime para assegurar a impunidade de outros delitos: furto/receptação de motocicleta (fl. 39) e roubo praticados na Cidade de Cruz Alta/RS." (e-STJ fl. 20).

A inicial foi recebida (e-STJ fl. 21), tendo a defesa apresentado resposta à acusação (e-STJ fls. 23/23), sobrevivendo decisão que afastou a absolvição sumária do réu, designando data para audiência de instrução (e-STJ fl. 24).

O Defensor Público responsável pelo patrocínio do acusado manifestou-se nos autos, requerendo o adiamento da audiência, sob o argumento de que na data agendada estaria em atendimento em outra comarca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O ato se realizou com a presença de advogado dativo e, irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, tendo a ordem sido denegada em aresto que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO PARA AUDIÊNCIA. PEDIDO DE ANULAÇÃO E DESIGNAÇÃO DE NOVA DATA PARA AUDIÊNCIA COM DEFENSOR PÚBLICO TITULAR DA COMARCA DO RÉU. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Ordem denegada." (e-STJ fl. 43).

Pois bem. Como visto, o Defensor Público responsável pelo patrocínio do acusado foi pessoalmente intimado da data em que ocorreria a audiência de instrução, ocasião em que pleiteou o adiamento do ato porque estaria em atendimento a outra comarca (e-STJ fl. 25).

A inquirição das testemunhas foi realizada com a presença do réu, a quem foi nomeado advogado dativo para o ato (e-STJ fl. 27).

Ora, tal procedimento não pode ser acoimado de ilegal, especialmente em razão dos princípios da unidade e da indivisibilidade que rege a Defensoria Pública, previsto no artigo 3º da Lei Complementar 80/1994, *verbis*:

Art. 3º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Assim, sendo o referido órgão uno e indivisível, e não havendo nos autos a comprovação de que haveria um único membro da Defensoria Pública atuando na comarca em que tramita a ação penal instaurada contra o paciente, impossível o adiamento de ato processual ao argumento de que determinado Defensor Público estaria em atendimento em outra comarca.

A par desse aspecto, há que se considerar que o paciente esteve presente à audiência que se pretende anular, não tendo o impetrante logrado demonstrar o prejuízo suportado em razão de lhe haver sido nomeado advogado dativo para o ato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se sabe, atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

Sobre o tema, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.

Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida.

(...)

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.26/27).

A mesma orientação é adotada pela jurisprudência, a exemplo dos seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RITO PROCEDIMENTAL DA LEI N.º 10.409/02. CARACTERIZAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563, do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso.

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 114.536/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010)

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 57 DA LEI 11.343/06. NULIDADE DEPENDENTE DA DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DO PREJUÍZO. PROCESSO QUE OBEDECEU RIGOROSAMENTE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 DO CPP E DA SÚMULA 523/STF. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito do Processo Penal, não se deve declarar nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega (arts. 563 e 565 do CPP e Súmula 523/STF). Dessa forma, a inobservância do art. 57 da Lei 11.343/06, à luz de uma interpretação sistemática do capítulo das nulidades do CPP, não traduz nulidade absoluta.

2. O Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal - pas de nullité sans grief - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 03.02.06).

3. Os automatismos devem ser evitados em sede de Processo Penal. O que a Constituição reputa indispensável é que se garanta a todo cidadão processado criminalmente a oportunidade efetiva de se contrapor à acusação que lhe é feita.

(...)

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer do MPF.

(HC 136.649/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 03/05/2010)

O Supremo Tribunal Federal compartilha o mesmo entendimento, leia-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. APURAÇÃO DE CRIMES CONEXOS. RITO ORDINÁRIO. ADOÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Para o reconhecimento da existência de nulidade absoluta, em razão da inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, torna-se necessária a demonstração do prejuízo causado pelo não oferecimento da defesa prévia. (...) III - Ordem denegada.

(HC 99748, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, julgado em 04/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-03 PP-00452)

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PRECEDENTES DO STF. ERRO MATERIAL NO NOME DO ACUSADO CORRIGIDO POR MEIO DE EMBRAGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. (...) 7. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155, minha relatoria, DJ 15.04.2005). (...) 10. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.
(RHC 97667, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00603)*

E, como visto, na hipótese vertente a defesa deixou de demonstrar os danos suportados pelo paciente em razão da nomeação de defensor dativo para a audiência de instrução, especialmente tendo em conta a presença do acusado ao mencionado ato processual, motivo pelo qual se não se vislumbra qualquer eiva a ser reconhecida por esta Corte Superior de Justiça.

Ante o exposto, **não se conhece** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0126779-4

HC 246.335 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15822220118210056 21100004995 70047852611

EM MESA

JULGADO: 03/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROGERIO DE SOUZA COUTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EDUARDO CABRAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.